Journal of Fiqh and Usul
Vol. 50, No. 4, Issue 115
Winter 2019
DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v50i4.46720

سال پنجاهم، شماره ٤، شمارۀ پیاپی ۱۱۵
زمستان ۱۳۹۷، ص ٢٤-۹

تحلیل ضمان بر مبنای «معاوضه قهری» و آثار آن در دعاوی مسئولیت مدنی*

دکتر محمدمهدی الشریف
دانشیار دانشگاه اصفهان
Email: m.alsharif@ase.ui.ac.ir

سمیه سعیدی [۱]
دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه اصفهان
Email: ssaeedi88@yahoo.com

چکیده

در تحلیل ماهیت ضمان قهری دو دیدگاه اصلی در فقه وجود دارد. یک دیدگاه ضمان را بر مبنای غرامت صرف و دیدگاه دیگر بر مبنای معاوضه قهری تحلیل می‌کند. مراد از معاوضه قهری در حوزه ضمان قهری آن است که مال تلف‌شده به حکم شارع به ملکیت عامل زیان و بدل آن به ملکیت زیان‌دیده در می‌آید. با این تحلیل، ضمان قهری معاوضه بین بدل و مبدل به حکم شارع است که پذیرش آن آثار مهمی در حوزه مسئولیت مدنی دارد. مثلاً بر اساس این نهاد اجزاء باقیمانده از مال تالف و حقوق متعلق به آن، از آنِ عامل زیان است و یا در مواردی که مال مغصوب در جایی به کار رفته و در فرض جدایی فاقد ارزش است، زیان‌دیده صرفاً مستحق مطالبه بدل آن خواهد بود و نمی‌تواند علاوه بر خسارت، انتزاع عین را از مال غاصب درخواست کند. همچنین پذیرش معاوضه قهری می‌تواند منجر به ارائه نظریه جدیدی در خصوص ماهیت بدل حیلوله تحت عنوان معاوضه بین منافع مال دور از دسترس و بدل گردد.

کلیدواژه‌ها: معاوضه قهری، غصب، مسئولیت مدنی، غرامت، اتلاف.

---

*. تاریخ وصول: ۱۳۹٤/۰۲/۲۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹٦/۰۵/۱٤.
۱ . نویسنده مسئول

مقدمه

در فقه در خصوص ماهیت و حقیقت ضمان یا مسئولیت مدنی، موشکافی‌ها و ژرف‌نگری‌های بسیار شده ولی متأسفانه به دلیل غلبه فضای مسئولیت مدنی غربی بر ادبیات حقوقی مسئولیت مدنی ایران، این میراث ارزشمند چندان مورد توجه قرار نگرفته است. البته نمی‌توان انکار کرد که نحوه طرح اینگونه مباحث در کتب فقهی و پراکندگی، فقدان عنوان و نظم مألوف در کتب دانشگاهی، در این بی‌مهری و غفلت بی‌تأثیر نبوده و پژوهشگر برای یافتن این تحلیل‌های فقهی راه هموراری در پیش رو ندارد. فقها باب ویژه‌ای را به موضوع تحلیل ماهیت ضمان اختصاص نداده‌اند بلکه به مناسبت برخی از فروع که بعضاً به حسب ظاهر خود هیچ ارتباطی به ضمان قهری و مسئولیت مدنی ندارند، برای یافتن پاسخ مسأله به تحلیل ماهیت ضمان پرداخته‌اند. به عنوان مثال یکی از این مواضع که به حسب ظاهر خود هیچ ارتباطی با مسئولیت مدنی و ماهیت ضمان ندارد، مسأله صحت وضو با آب غصبی است که فقها برای پاسخ به این مسأله به بحث کلی حقیقت ضمان قهری پرداخته‌اند. یکی دیگر از فروعی که فقها در آن به مناسبت به تحلیل ماهیت ضمان پرداخته‌اند و جای آن در مباحث مسئولیت مدنی ایران خالی است، موضوع تعیین کسی است که اجزاء باقیمانده از مال تألف به وی متعلق است. به بیان روشن‌تر وقتی مالی مثلاً یک ماشین در نزد غاصب یا در اثر فعل فاعل زیان، تلف می‌گردد و غاصب یا متلف (سبب زیان) مجبور به پرداخت قیمت یا مثل ماشین به زیاندیده می‌شوند، آیا اجزای باقیمانده ماشین همچنان متعلق به زیاندیده است یا اینکه او با دریافت بدلِ مال خود، دیگر حقی بر بازمانده مال تألف نداشته و این حق به ضامن خسارت (عامل زیان) تعلق دارد و یا اینکه این اجزاء نه ملک مالک سابق است و نه ملک ضامن (غاصب یا متلف) بلکه مانند اموال مباح بلامالک است و نسبت ضامن قهری و مالک سابق به این اجزاء یکسان است؟ (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۳۸۱). از دیگر مواردی که فقیهان به بحث از حقیقت ضمان پرداخته‌اند، مسأله بدل حیلوله و تعیین تکلیف مالک مالی است که بدل آن به عنوان بدل حیلوله به مالک پرداخته شده و اکنون مجدداً دسترسی به مال میسر گردیده است. مورد دیگری که از قضا بسیار مهم و مبتلا به است و فقیهان پاسخ مسأله را در گرو تعیین ماهیت ضمان دانسته‌اند موردی است که شخصی از مال دیگری در مال خود استفاده نموده و اکنون اگر حکم به لزوم رد عین مال داده شود، مال مغصوب مالیت و ارزش خود را از دست می‌دهد. مثلاً غاصب با نخ‌های متعلق به دیگری، لباس خود را دوخته و اکنون اگر قرار باشد نخ‌ها را از لباس جدا سازند، تکه‌های به دست آمده هیچ ارزشی ندارد. همین مسأله در مورد استفاده از چوب متعلق به دیگری در بنای متعلق به غاصب نیز مطرح شده است. فقها پاسخ خود به این مسائل را در گرو تعیین ماهیت ضمان دانسته‌اند. برای تبیین آثار تحلیل ضمان بر اساس معاوضه قهری، در این مکتوب ابتدا

به بررسی دو دیدگاه فقهی در خصوص ماهیت ضمان پرداخته شده است. پس از آن آثار تحلیل ضمان بر اساس معاوضه قهری به تفکیک نسبت به انواع بدل بررسی می‌گردد.

دیدگاه‌های فقهی در خصوص ماهیت ضمان

در بین فقها در خصوص تحلیل ماهیت ضمان قهری دو دیدگاه وجود دارد این در حالی است که متأسفانه از این بحث مهم و دارای آثار عملی جدی، در ادبیات حقوقی ایران خبری نیست. گروهی از فقها ماهیت ضمان قهری را نوعی «معاوضه» و برخی دیگر «غرامت» دانسته‌اند. باورمندان به دیدگاه نخست معتقدند وقتی شارع در اثر اتلاف، تسبیب یا ید (استیلاء بر مال غیر)، حکم به «ضمان» می‌دهد معنایی جز این ندارد که معاوضه‌ای قهری را بر عامل تلف یا متصرف تحمیل می‌کند به این معنا که مال تلف‌شده را از دارائی مالک خارج و به ملکیت متلف یا متصرف در می‌آورد و بدل آن اعم از مثل یا قیمت را به عنوان عوض به ملکیت زیاندیده داخل می‌کند. بر بنیاد این تحلیل، لزوم پرداخت مثل یا قیمت از آثار این معاوضه ناخواسته و از باب عوض چیزی است که قانونگذار به ملکیت ضامن درآورده است. در واقع طرفداران تحلیل ضمان بر اساس معاوضه قهری (کاشف الغطاء، ۸)، برآنند که با وقوع سبب ضمان‌آور شارع دو هدف را مد نظر قرار می‌دهد و با دو اعتبار به آن‌ها دست می‌یابد که در نهایت به معاوضه قهری می‌انجامد:

۱- از آنجا که عامل زیان مستحق تحمل خسارت است این ضرر باید به دارایی عامل زیان وارد گردد. به همین دلیل در عبارات برخی از فقها در خصوص مفهوم ضمان به «از کیسه ضامن رفتن» اشارت شده است (رشتی، ۶۴؛ غروی نائینی و عراقی، ۵۷۲) و گروهی از فقها برآنند که در این راستا شارع فرض می‌کند که مال تلف‌شده یک لحظه قبل از تلف وارد کیسه دارایی عامل زیان گردیده است و در زمان تلف، این، مال عامل زیان است که از بین می‌رود[1] (رشتی، ۱۲۲). گروه دیگر بر این عقیده‌اند که مال تلف‌شده در زمان دادن بدل وارد کیسه دارایی عامل زیان می‌گردد. در واقع این دسته از فقها ضمان را سبب معاوضه نمی‌دانند بلکه تأدیه است که معاوضه را سبب می‌شود.[2] (خویی، موسوعة الامام الخویی، ۶/ ۱۷۷ - ۱۷۸). میرزای نائینی از جمله مخالفان معاوضه قهری است. وی ماهیت ضمان را غرامت و جبران خسارت

---

۱ «توضیحه انّ الضّمانة کما عرفت عبارة عن التعهّد بالخسارة فالمال ما دام کونه فی ید المضمون له یکون خسارته علیه و تلفه من کیسه و ان حصل بید الضّامن انستقل تلک الخسارة إلیه و الّا لم یکن علیه خسارة المال فمعنی انتقال الخسارة من المالک الی الضّامن انّه لولاه لفاتت الخسارة من کیسه ضرورة انّ مال الشخص متی لم یغرض علیه سبب ضمان یکون تلفه خسارة علی المالک لا علی غیره و اذا طرا علیه سبب ضمان من ید و نحوه انتقل تلک الخسارة الی من یقوم به ذلک السّبب»

۲ «مقتضی السیرة و بناء العقلاء عدم ثبوت حق الاختصاص للمالک فی تلک الموارد لأن **رد البدل** عندهم معاوضة قهریة حینئذ و بتلک المعاوضة تنتقل الأجزاء الباقیة و المواد الی الضامن دون المالک و لیس فی ذلک حق الاختصاص بها»

می‌داند و مالکیت عامل زیان نسبت به مال مورد ضمان را نمی‌پذیرد. وی اشاره می‌کند که در تلف حقیقی زمان حصول ملکیت برای عامل زیان از دو حال خارج نیست: حالت اول آنکه گفته شود مال مورد ضمان، یک لحظه قبل از تلف، وارد کیسه دارایی عامل زیان گشته و بر همین اساس در زمان تلف، از دارایی او کسر می‌گردد و حالت دوم آنکه پذیرفته شود کـه قبل از اداء غرامت، مال تألف بـه دارایی عامل زیان می‌پیوندد و این، هر دو فرض، غیرقابل قبول و نادرست است. فرض اول نادرست است زیرا ملکیت فرضیِ عامل زیان یک لحظه قبل از تلف، ابزاری برای جبران خسارت مالک است در حالیکه قبل از تلف خسارتی وجود ندارد و جبران خسارت، ناشی از تلف و منطقاً متأخر از آن است. در نتیجه ناگزیر باید ملکیت بعد از تلف رخ دهد وگرنه تقدم معلول بر علت لازم می‌آید که البته محال است. فرض دوم نیز اشتباه است زیرا مالی که متعلق ملکیت است به سبب تلف از صفحه خارج معدوم گشته است و معنایی برای اعتبار ملکیت چیزی که وجود خارجی ندارد متصور نیست و فرض وجود آن قبل از اداء غرامت نیز اگرچه ممکن است اما چون خلاف قاعده است نیاز به دلیلی قوی دارد که چنین دلیلی موجود نیست (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۳۸۱ - ۳۸۲).

در مقابل، برخی از فقها معتقدند که اولاً مالکیت از مقولات حقیقی نیست بلکه یک مقوله اعتباری است و اگرچه عرف مالکیت افراد را نسبت به مال تألف نمی‌پذیرد اما اعتبار مالکیت مال تلف‌شده ممکن است و زمانی که بر این اعتبار اثر صحیحی مترتب گردد، شرعاً و عرفاً ایرادی وارد نخواهد بود (اصفهانی، ۱/ ۳۲۵). ثانیاً در باب خیارات بین فقها مسلم است که امکان فسخ معامله حتی بعد از تلف عین نیز وجود دارد که در این موارد مالک قبلی به مثل یا قیمت مالش رجوع خواهد نمود. این در حالی است کـه فسخ از زمان وقوعش تأثیر می‌کند و بنابراین ملکیت عین تلف‌شده برای مالک اولش اعتبار می‌گردد و وی بـه بدل آن رجوع می‌کند. پس برای این اعتبار وقتی که اثر صحیحی بر آن مترتب می‌گردد مانعی وجود ندارد کما اینکه در ضمان نیز چنین است (طباطبایی یزدی، ۱/ ۱۸۶).

۲- اعتبار اول خسارت زیان‌دیده را جبران نمی‌کند و در راستای جبران خسارت زیان‌دیده، وی باید بـه جای مال از دست داده‌اش، مالک مالی معادل آن گردد.[۳] این هدف نیز با اعتبار دیگری تأمین می‌گردد و آن اینکه شارع به محض تلف، ذمه عامل زیان را به مـالی معـادل مـال تلف‌شـده مشـغول می‌گرداند. از ایـن روست که در لسان اکثر فقها ضمان با «اشتغال ذمه» گره خورده است (رشتی، ۱۲۱؛ همـدانی، ۸۴). ذمـه، از جمله مفاهیم وضع شده در فقه اسلامی و ظرف اموال کلی و دیون است که توسط عقلا اعتبار می‌شـود[٤]

۳. «فإنّ مقتضی تدارک التالف و کأنّه لم یتلف، اعتبار بقائه فی ید من تلفت عنده العین ... فهذه الخصوصیة تقتضی اعتبار بقائها فی ذمة من تلفت عنده،...»

٤. «فالذمة: هو الوعاء الذی صاغه العقلاء و اعتبروه ظرفاً للامور الکلّیة ...»

(هاشمی شاهرودی، ۱۴/ ۵۶). توضیح آنکه در بسیاری از موارد برای عقلا پیش می‌آید که در مقام تملیک و تملک‌اند ولی اعیان خارجی‌ای وجود ندارد تا موضوع این تملیک و تملک قرار گیرد. یکی از این موارد حوزه الزامات قانونی است، همچون زمانی که شارع به ایفاء مثل مال به کسی که مالش تلف گشته است حکم می‌کند، این در حالی است که مثل آن مال نزد عامل تلف وجود ندارد. پس در این موارد – که عقلا احتیاج به تملیک اموالی دارند بدون آنکه آن اموال یا اعیان خارجی را مالک باشند– ظرفی به نام ذمه اختراع گردیده است تا اموال در آن فرض گردد و ملکیت به آن‌ها الصاق شود. این اموال ذمی، آینه اموال خارجی هستند و آثار مربوط به اموال خارجی بر آن‌ها مترتب خواهد شد. همین تملک ذمی است که در کلمات فقها به اشتغال ذمه و از مال، به دین و از مالک، به دائن تعبیر شده است (همان، ۵۷ – ۵۸). به بیان دیگر، اینکه در اثر ضمان ذمه ضامن مشغول می‌گردد یعنی وی بدهکار مالی معادل مال تلف‌شده می‌شود و بدیهی است که روی دیگر این بدهکاری، طلبکاری و مالکیت زیان‌دیده نسبت به مال ذمی است و اینکه این مال ذمی که معادل مال تلف‌شده است آینه آن است بدین معنا است که هر اثر حقوقی بر مال تلف‌شده خارجی مترتب بود از این پس بر این مال ذمی بار می‌گردد. مثلاً مالک این مال تلف‌شده زیان‌دیده بوده است اکنون نیز مالک این مال ذمی وی خواهد بود.

با وجود عباراتی همچون از کیسه ضامن رفتن و اشتغال ذمه عامل زیان در تعریف ضمان، گو اینکه ضمان فرآیندی است که به موجب آن دو اثر اعتباری غیر قابل انکار ایجاد می‌گردد: یکی مالکیت عامل زیان بر مال تلف‌شده و دیگری مالکیت زیان‌دیده بر مال ذمی و این آثار هستند که معاوضه‌ای قهری را سبب می‌شوند. صاحب مقابیس را از باورمندان به دیدگاه معاوضه قهری یادکرده‌اند (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۳۸۰). از نظر او در تمام موارد تلف اعم از تلف حقیقی، حکمی و بدل حیلوله، مال تألف در لحظه تلف به مالکیت عامل زیان در می‌آید. او حکم برخی از اساطین فقه به جریان ربا در موردی که مال تلف‌شده از جنس طلا یا نقره بوده و بدل آن نیز از همان جنس باشد را مؤیدی بر پذیرش دیدگاه معاوضه قهری از سوی این دسته از فقها دانسته است. زیرا ربا اختصاص به موردی دارد که در آن مبادله بین دو مال صورت گیرد و اگر مال تالف را ملک ضامن نشماریم و اداء بدل صرفاً از باب غرامت باشد نه از باب معاوضه قهری، طبعاً حکم به ربا به دلیل فقدان مبادله امکان نخواهد داشت.

اما همان‌گونه که گفته شد، فقها در خصوص تصویر ارائه شده از ضمان که به معاوضه قهری منجر می‌شود اتفاق نظر ندارند. در واقع جمع دیگری از فقها، تحلیل ضمان بر مبنای معاوضه را نمی‌پذیرند و ضمان را صرفاً غرامت و جبران خسارت می‌دانند (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۳۸۰). شیخ انصاری را باید از زمره مخالفان دیدگاه معاوضه قهری به شمار آورد (انصاری، ۳/ ۲۶۴). بر بنیاد این دیدگاه، ماهیت

حکم ضمان ناشی از اتلاف، تسبیب و ید، چیزی جز حکم به پرداخت «خسارت» به مالکی که مال «متعلق به وی» در اثر فعل دیگری (اتلاف و تسبیب) یا نزد دیگری (غصب و شبه غصب) تلف شده، نیست. هر چند هر دو دیدگاه در تحمیل تلف بر عامل تلف مشترک‌اند اما اختلاف در تحلیل این مسئولیت است. در دیدگاه معتقد به معاوضه قهری، مال تألف در اثر یک معاوضه فرضی و قهری، به ملکیت عامل تلف وارد شده و از کیسه دارائی او خارج می‌شود و آنچه به مالک قبلی می‌پردازد، عوض چیزی است که در اثر معاوضه قهری به مالکیت وی درآمده اما در تحلیل دوم، مال تألف در لحظه تلف همچنان در ملکیت مالک آن بوده و مال از کیسه دارائی وی خارج می‌شود و آنچه عامل تلف به وی می‌پردازد، از باب غرامت و به جبران خسارتی است که بر مالک به دلیل تلف مالش، وارد کرده است.

بر اساس آنچه گفته شد می‌توان مقصود شیخ انصاری از دو تعبیر مختلف در معنای ضمان را دریافت. شیخ انصاری در بیان معنای ضمان در قاعده مایضمن دو احتمال را ذکر می‌کند. نخست اینکه مراد از ضمان این است که تدارک و «خسارت» مال مضمون بر عهده شخص است[5] و احتمال دوم اینکه مراد از ضامن بودن شخص این است که در لحظه تلف، مال در ملکیت ضامن در آمده و در ملکیت وی تلف می‌شود[6] (انصاری، کتاب المکاسب، ۳/ ۱۸۳). بنابر احتمال نخست، خسارت «مترتب» بر تلف مال است و در دیگری خسارت «نفس» مال تألف است (اصفهانی، ۱/ ۳۰۵).

اگرچه پذیرش معاوضه قهری به عنوان ماهیت ضمان اجماعی نبوده و با موانعی روبروست اما دست کم پذیرفتن این نهاد در حل برخی از مسائل و فروع فقهی مبتنی بر سیره عرف و عقلا دانسته شده است و فقها اشاره نموده‌اند که اگر این سیره را تا زمان پیامبر (ص) جاری بدانیم با عدم ردع ایشان، دلیل قابل قبولی بر پذیرش معاوضه قهری خواهد بود (کوه‌کمری، ۲۱۶؛ خوئی، موسوعة الامام الخویی، ۶/ ۳۷۶).[7] بنابراین صرف نظر از تحلیل ضمان بر اساس معاوضه قهری توسط برخی از فقها، پذیرش این نهاد به استناد سیره عقلا نیز امکان‌پذیر است. در ادامه به نقش معاوضه قهری در حل مسائل مربوط به انواع بدل پرداخته می‌شود. زیرا چنانکه اشاره شد اهمیت این بحث صرفاً نظری نبوده و آثار عملی زیادی بر آن مترتب است. در واقع پذیرش یا عدم پذیرش معاوضه قهری -خواه بر اساس تحلیل ضمان بر این مبنا و خواه بر اساس حکم قطعی عقلا- در برخی از مسائل مسئولیت مدنی منجر به جواب‌های متفاوتی برای مسائل مطروحه

۵- «کون درک المضمون علیه بمعنی کون خسارته و درکه فی ماله الاصلی»

٦- «کون تلفه فی ملکه بحیث یَتلُف مملوکاً له»

۷- «مقتضی السیرة و بناء العقلاء عدم ثبوت حق الاختصاص للمالک فی تلک الموارد لأن رد البدل عندهم معاوضة قهریة حینئذ و بتلک المعاوضة تنتقل الأجزاء الباقیة و المواد الی الضامن دون المالک و لیس فی ذلک حق الاختصاص بها.»

در این زمینه می‌گردد (طباطبایی بروجردی، ۱۵۷؛ حکیم، ۲/ ۵۴۸؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۳/ ۲۱۸). به منظور بیان منظم مطالب می‌توان، انواع بدل را بر اساس مواضع کاربرد آن به سه نوع بدل حقیقی، بدل حکمی و بدل حیلوله تقسیم کرد. بدل حقیقی زمانی مورد حکم قرار می‌گیرد که مال زیان‌دیده حقیقتاً تلف گشته است مانند کتابی که سوخته است اما بدل حکمی در دو موضع (تلف به حکم عرف و تلف به حکم شرع) کاربرد دارد که در هیچ یک از آن دو، مال حقیقتاً تلف نشده بلکه به حکم عرف یا شرع تلف‌شده محسوب می‌شود و در نهایت بدل حیلوله نیز زمانی متعلق حق زیان‌دیده قرار می‌گیرد که مال وی نه حقیقتاً و نه حکماً تلف‌شده به حساب نمی‌آید بلکه مال از دسترس خارج گشته است و هنوز امید به دستیابی به آن وجود دارد.

نقش معاوضه قهری در بدل حقیقی

همان‌گونه که اشاره گردید در زمانی که مال زیان‌دیده به واقع - نه به حکم شرع یا عرف - از بین می‌رود تلف حقیقی رخ می‌دهد، در نتیجه شارع برای جبران خسارت زیان‌دیده به بدل حقیقی اعم از مثل یا قیمت حکم می‌نماید. اثر پذیرش معاوضه قهری در تلف حقیقی را در حل دو مسئله زیر می‌توان مشاهده نمود:

مسئله اول: چنانچه برای مال تلف‌شده ارزشی هرچند ناچیز باقی مانده باشد با پذیرش معاوضه قهری این ارزش وارد دارایی عامل زیان می‌گردد. مثلاً اگر کتاب تلف‌شده را به قیمت ۲۰۰ تومان برای بازیافت کاغذهای آن بتوان فروخت مالک این ۲۰۰ تومان عامل زیان است نه زیاندیده زیرا با معاوضه قهری بین بدل و مال تألف، مال تلف‌شده از آنِ عامل زیان گشته است. مثال جالب دیگری که در فقه اشاره شده است، آن است که اگر کسی حیوانی که مرکب قاضی بوده است را معیوب کند ملزم به پرداخت قیمت آن است (مجلسی اول، ۱۲۶). حال سؤالی که مطرح می‌گردد آن است که آن حیوان معیوب از آن کیست؟ آیا باید بر اساس اصل استصحاب و عدم وقوع سبب مملک، به مالکیت زیاندیده قائل شد یا آنکه قاعده ممنوعیت جمع عوض و معوض اقتضای مالکیت عامل زیان را دارد؟ اگر معاوضه قهری پذیرفته گردد دیگر استناد به عدم وقوع سبب مملک وجهی نخواهد داشت و در نتیجه عین یا حیوان معیوب در ملکیت عامل زیان محسوب خواهد شد.

مسئله دوم: چنانچه به عین تلف‌شده حقی تعلق داشته باشد، پس از وقوع سبب ضمان‌آور این حق به چه کسی اختصاص دارد؟ تصور این فرض در جایی ممکن است که مثلاً مالک عین تلف‌شده حق رجوع به مسئول دیگری را داشته باشد. پاسخ این مسئله است که مطابق نظر برخی از فقها چرایی امکان رجوع ایادی متعاقبه در غصب را توجیه می‌کند. در مباحث مربوط به غصب یکی از مسائل بحث‌برانگیز آن است

که چرا غاصبی که از عهده پرداخت مثل یا قیمت مال تلف‌شده برآمده است حق مراجعه بـه ایـادی بعـدی خود را دارد؟ پاسخ‌های زیادی ارائه شده است (اصفهانی، ۱/ ۳۳۲-۳۱۶). امـا از ایـن میـان دو پاسـخ بـا توسل به نهاد معاوضه قهری مطرح گشته است. پاسخ اول را صاحب جواهر می‌دهد. بـدین توضـیح کـه از آنجا که ایشان اشتغال دو یا چند ذمه به مال واحد را نمی‌پذیرد در بحث تعاقب ایادی تنها ذمه کسی که مال نزد وی (ید اصلی) تلف گشته است را مشغول و به اصـطلاح «مـدیون» می‌شـمارد و بقیـه ایـادی (ایـادی فرعی) را «مکلف» به دادن بدل می‌دانند. سپس در امکان رجوع ید سابقی که بدل را تأدیه نموده است به ید لاحق، بیان می‌دارند؛ این امکان بدان علت است که ایادیِ فرعی، بدل یدی هستند کـه مـال نـزد وی تلـف شده است و مقتضای بدل بودن آن است که با ادای ید مکلف (ید فرعی)، وی مالک ما فی‌الذمه ید اصـلی گردد و این یک معاوضه قهری همچون معاوضه اختیاری است که بین تأدیه‌کننده و کسی کـه مـال نـزد وی تلف گشته است رخ می‌دهد (اصفهانی، ۱/ ۳۲۳). پاسخ دوم با کمی تفاوت متعلـق بـه سـید یـزدی اسـت بدین بیان که حق مطالبه از ایادی غاصبه به عین تلف‌شده تعلق دارد و هر کس مالک این عین باشـد، حـق مذکور به وی اختصاص می‌یابد (طباطبایی یزدی، ۱/ ۱۸۶). فرض کنید الف، ب، ج و د به ترتیب بـر مـال مغصوبه مسلط بوده‌اند و در نهایت مال در دست «د» تلف گشته است. حال اگر مالک بـه «الـف» رجـوع کند و مثل یا قیمت مال خود را دریافت کند از آنجا که «الف» مالک مال تلف‌شده می‌گردد حق رجوع نیـز به وی تعلق می‌گیرد. در نتیجه این که غاصبی که مثل یا قیمت مال تلف‌شده را می‌پـردازد حـق مراجعـه بـه ایادی مابعد خود را دارد ریشه در معاوضه قهری بدل پرداخت‌شده و مال تلف‌شده دارد کـه پیامـد آن تعلـق حقوق متعلق به عینِ تلف‌شده به مالک آن است و حق مراجعه، به غاصبی اختصاص می‌یابد که خسارت را جبران‌کرده و بدل مال تألف را به مالک اصلی تأدیه نموده است. همان‌گونه که مشخص اسـت سـید یـزدی معاوضه را بین تأدیه‌کننده و مالک تصور کرده است چرا که اگر عوض داده شـود ولـی معـوض یعنـی عـین تلف‌شده در کیسه مالک باقی بماند جمع بین عوض و معوض رخ می‌دهد که منـافی جانشـینی عـوض بـه جای معوض است. ایشان معتقدند مالک عین تألف شدن به اعتبار تلف‌شده بودن آن نیست بلکه به اعتبـار موجودیت آن در عهده ضامن است و زمانی که تأدیه‌کننده به جـای مالـک، مالـک عـین موجـود در عهـده می‌شود حق رجوع به ایادی لاحق را می‌یابد زیرا اثر ملکیت شیء موجود در عهده غیر، جواز مطالبه بدل آن است وگرنه قائم مقامی وی از مالک محقق نمی‌شود (اصفهانی، ۱/ ۳۲۵).

نقش معاوضه قهری در بدل حکمی

فقها به سه قسم ملک از حیث شدت و ضعف اشاره نموده‌اند: مالکیت عین، مالکیت منفعـت و ملـک

انتفاع (بحر العلوم، ۱/ ۳۰۴؛ شهید اول، ۱/ ۳۴۸). از آنجا که منظور ایشان از قسم اخیر، حق انتفاع است (الشریف، ۶۴۳) و با توجه به آنکه حق و ملک قسیم یکدیگرند مال تألف ممکن است عین باشد یا منفعت. برای تلف شدن عین دو صورت قابل تصور است. اولین فرض، تلف حقیقی عین است که اشاره گردید و دومین صورت، تلف حکمی عین است که خود، دو حالت دارد:

مورد اول حالتی است که عین مال باقی است ولی به نحوی از دسترس خارج شده است که عادتاً امید دستیابی مالک به آن وجود ندارد. در نتیجه عرف مال را در حکم تلف می‌داند مثل آنکه مال در دریا بیفتد یا در خزانه سلطانی قرار گیرد که امکان بازگرفتن از وی وجود ندارد (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۳۷۲). در این موارد فقها متفق‌اند که عین، مورد ضمان قرار می‌گیرد و عامل زیان به دادن بدل ملزم می‌گردد. حال سؤال آن است که مال غرق‌شده در دریا یا موجود در خزانه سلطان از آن کیست؟ نائینی در خصوص تلف حکمی عرفی نیز معاوضه قهری را منتفی می‌داند ولی اشاره می‌کند که در این موارد بر خلاف تلف حقیقی به لحاظ ثبوتی محذوری برای ملکیت ضامن نسبت به مال غیرقابل دسترس وجود ندارد زیرا محتاج فرض وجود مال معدوم نیستیم اما در مرحله اثبات دلیلی بر آن وجود ندارد و قائل شدن به ملکیت ضامن بر مال خارج از دسترس، قولی است که دلیلی از کتاب و سنت برای آن نمی‌یابیم (المکاسب و البیع، ۱/ ۳۸۲). در نتیجه مطابق نظر ایشان همچنان زیان‌دیده مالک مال دور از دسترس خواهد بود. اما مطابق نظر موافقان معاوضه قهری، مال خارج از دسترس و در حکم تألف، از اموال عامل زیان محسوب خواهد شد. یکی دیگر از فروع فقهی در خصوص تلف حکمی عرفی، مسأله تعیین مالک مال مغصوبی است که غاصب از آن در ساخت کالای دیگر استفاده نموده است. در واقع در این موارد مال غصب‌شده هنوز باقی است اما تحویل آن به مالک مستلزم نقص یا عدم مالیت آن خواهد بود. مثل نخ‌های مغصوبی که غاصب با آن‌ها لباس دوخته و یا چوب‌های مغصوبی که غاصب از آن‌ها در ساخت کالای دیگر استفاده نموده است. آیا مالک می‌تواند انتزاع آن‌ها از لباس یا کالای ساخته شده را مطالبه کند؟ فقیهانی که معتقدند حکم به ضمان، ماهیتی جز غرامت و جبران خسارت ندارد، دریافت خسارت و بدل را مانع از استحقاق مالک نسبت به مطالبه و انتزاع نخ‌های مغصوب نمی‌دانند هرچند این نخ‌ها پس از انتزاع از لباس غاصب، ارزشی نداشته باشد (شهید ثانی، ۱۲/ ۱۷۵ – ۱۷۸؛ نائینی، الرسائل الفقهیه، ۶۰۰). روشن است که این دیدگاه بر بقاء مالکیت مال مغصوب در ملکیت مالک اولیه حتی پس از دریافت خسارت، استوار است. در مقابل این دیدگاه فقیهانی که با تحقق غصب یا با دفع بدل و جبران خسارت، مال را در پی یک معاوضه فرضی و به حکم قانونگذار، از ملکیت مغصوب‌منه خارج و داخل در ملکیت غاصب می‌شمارند، چنین حقی را برای صاحب نخ‌ها قائل نبوده و رابطه مالکیت او با مال مغصوب را گسیخته و صرفاً وی را مستحق مطالبه

مثل یا قیمت نخ‌ها می‌دانند (صاحب جواهر، ۳۷/ ۸۰).

مورد دوم نیز صورتی است که عین مال باقی است و حتی در دسترس نیز می‌باشد ولی به حکم شارع مقتضا و ویژگی ذاتی آن از بین رفته است در نتیجه این مال نیز شرعاً در حکم تلف است کما اینکه برخی از فقها از این تلف، به تلف شرعی یاد کرده‌اند و مثال معروف آن مسأله دابه موطوئه است (سبزواری، ۲۸/ ۱۴۸). ویژگی اصلی و یا مقتضای ذاتی عین به عنوان یکی از اقسام مال، آن است که مالک بتواند آن را بفروشد. به تعبیر دیگر مالی که خرید و فروش آن را قانون کشوری منع کرده است در نظر قانون ارزشی ندارد اگرچه در خارج از کشور آزادانه فروش برود زیرا مال مزبور از دید قانون در حکم چیزی است که مالیت ندارد (امامی، ۱/ ۴۱۸). بنابراین قابل تصور نیست کسی را مالک عین، ولی حکم امکان فروش آن را برای وی منتفی بدانیم. از آنجا که هرگاه مقتضای ذاتی امری منتفی گردد گویی خود آن امر منتفی شده است، در مواردی که شارع امکان فروش مالی را از مالک آن سلب می‌کند ولو آنکه اقتضائات دیگر آن مال هنوز قابل دسترسی باشد آن مال را باید تلف‌شده دانست.

مطابق نظر برخی از فقها در این موارد مقتضای قاعده آن است که چنانچه منفعت از بین رفته واجد مالیتی جدای از مالیت عین باشد، آن منفعت مورد ضمان قرار می‌گیرد ولیکن عین مورد ضمان نیست زیرا عین، متعلق تلف قرار نگرفته است. این در حالی است که مفاد نصوص وارده در این زمینه با مقتضای مذکور منافی است و بر ضمان خود عین دلالت دارد[8] (کوه کمری، ۲۱۷؛ سبزواری، ۲۸/ ۱۴۸؛ نائینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۳۷۳).

حال برای آنکه منظور نویسنده از تلف حکمی شرعی روشن گردد به این مثال توجه کنید: اگر قانونگذار به موجب حکمی چنین مقرر کند: «داروهای وارد شده در سال ۸۵ پس از پایان سال ۸۷ قابل فروش در ایران نیست.» صرف نظر از علت وضع چنین مقرره‌ای -که مثلاً ممکن است به علت آن باشد که قانونگذار قصد حمایت از تولیدات داخلی را داشته باشد در حالیکه تولیدات سال ۸۵ خارجی‌اند- اگر شخصی داروهای متعلق به داروفروش را در اواسط سال ۸۵ از وی غصب نماید آیا دادگاه با حکم به رد عین در سال ۸۸ ضرر وارده به مالک را جبران نموده است؟ یا این‌که عین اگرچه موجود است و حتی به حسب فرض تاریخ انقضایش منقضی نشده است اما به دلیل عدم قابلیت فروش در حکم تلف است و باید به قیمت آن حکم نمود؟ باید خاطر نشان ساخت که در حوزه مسئولیت مدنی ضرر با در نظر گرفتن شرایط

---

۸. «فمقتضی القاعدة ضمان المنفعة الفائتة، لو کانت واجدة لمالیة وراء مالیة العین بحیث تقابل بالمال فی نفسها. و اما العین و غیر الفائتة من منافعها فلا تکون مضمونة بالبدل، و انّما یضمن به خصوص المنفعة الفائتة، لعدم وقوعها فی حیز التلف و الفوات، و کون الفائت خصوص منفعة من منافعها، فالمضمونة بالقیمة هی وحدها إذا حازت شرائط التضمین. و لکنّه ینافیه مفاد النصوص الواردة حیث تدل علی ضمان نفس الدابة الموطوئة بأداء قیمتها.»

مالک سنجیده می‌شود (الشریف و سعیدی، ۱۸۲) و استدلال به اینکه مالک مثلاً می‌تواند داروهـایش را در ترکیه به فروش برساند و در نتیجه هیچ ضرری نکرده است موجه نیست زیرا بی‌گمان فـروش مـال واقـع در ایران در یک کشور بیگانه، مستلزم هزینه بسیار بوده و چه بسا هزینه اولیه و قیمت خرید نیز به دست نیاید و یا دست کم سود مورد انتظار در ایران، برآورده نمی‌شود. بنابراین در این موارد (تلف حکمی شرعی) دادگـاه باید حکم به پرداخت قیمت داروها نماید کما اینکه در روایتی از معصوم (ع) نیز که فعل عامل زیان باعـث گردیده تا مالک نتواند مالش را در شهر خود به فـروش برسـاند امـام (ع) در مقـام جبـران خسـارت حکـم می‌فرمایند که غاصب باید قیمت مال را به صاحبش پرداخت نماید (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۳۷۳). با این اوصاف سؤال بعدی به ذهن خطور می‌کند و آن، اینکه آیا داروها نیز بایـد بـه زیان‌دیـده مسـترد گـردد؟ پاسخ این سؤال با توجه به پذیرش یا عدم پذیرش معاوضه قهری متفاوت خواهد بود. نظر مرحوم نـائینی در خصوص تلف حکمی شرعی متفاوت است. ایشان علی رغم مخالفت با معاوضه قهری در تلف حقیقـی و حکمی عرفی، آن را در خصوص این قسم از تلف به دلیل وجـود نـص خـاص می‌پذیرنـد زیـرا در روایـت مذکور امام (ع) اشاره می‌کنند که پس از فروش مال در شهر دیگر، غاصب مالک ثمن خواهد بود. در مثـال مطرح شده نیز بین داروهای در حکم تلف و قیمت آن‌ها که پرداخت گردیده است معاوضـه رخ داده، پـس همانگونه که زیان‌دیده مالک قیمت گشته، عامل زیان نیز مالک داروهاست و اگر به حسـب فـرض در ازای فروش آن‌ها در ترکیه ثمنی دریافت دارد از آن خود اوست.

نقش معاوضه قهری در بدل حیلوله

موضع کاربرد بدل حیلوله زمانی است که عین مال باقی است ولی رد آن به مالک به دلایلی غیر از تلف ممکن نیست با این وجود هنوز امید به بازگشت آن به مالـک وجـود دارد[9] (نـائینی، المکاسـب و البیـع، ۱/ ۳۷۳). به عبارت دیگر در مواردی بین مالک و مالش فاصله ایجاد می‌شود این در حالی اسـت کـه امکـان تسلط دوباره وی بر مالش وجود دارد. حال چنانچه تا زمان فراهم آمدن این امکان، مالک بدل مال خـود را تقاضا نماید، بدل مذکور، بدل حیلوله خواهد بود. در خصوص جواز یا عدم جـواز مطالبـه ایـن نـوع بـدل اختلاف آراء وجود دارد. مرحوم خویی پس از رد دلالت قاعده لاضرر، اصل سلطه مردم بر اموالشان، قاعده ضمان اتلاف و علی الید بر جواز مطالبه بدل حیلوله، ادعای اجماع بر این جواز را نفی کـرده و می‌نویسـد: اگر بپذیریم اجماعی در این زمینه وجود دارد حتماً مستند به یکی از این قواعد یا اصـول بـوده اسـت وگرنـه اجماع تعبدی وجود ندارد (مصباح الفقاهـه، ۳/ ۲۰۹). نـائینی نیـز پـس از بررسـی اصـول متفـاوت بیـان

۹ـ «ما إذا زالت سلطنة المالک زوالا یرجی عودها الیه»

می‌دارند: «فظهر من جمیع ما ذکرناه ان الأقوی عدم قیام دلیل علی ثبوت بدل الحیلولة و انه کما قال المحقق الثانی مما لم یتضح معناه.» (المکاسب و البیع، ۱/ ۳۷۶). شیخ انصاری احتمال می‌دهد که امکان تقاضای بدل حیلوله به دلیل جبران سلطنت از میان رفته مالک باشد (انصاری، ۳/ ۲۶۱)، ولی شارح مکاسب ایراد می‌کند؛ سلطنت یک حکم شرعی است و جبران آن بی‌معنا است چرا که جبران باید ناظر به مال باشد در حالی که سلطنت مال تلقی نمی‌شود (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۳۷۴). به نظر می‌رسد که تقاضای بدل حیلوله در جهت جبران منافعی است که هر لحظه از مالک در حال تفویت است و منفعت قطعهٔ یکی از اقسام مال است. همان‌گونه که در جبران عینِ تلف‌شده درخواست بدلِ مثلیِ عین بر دریافت قیمت آن تقدم عقلی دارد برای مالک منافع نیز دریافت بدلِ مثلیِ منافع در قالب بدل حیلوله بر دریافت اجرت‌المثل منافع اولویت دارد. در نتیجه به دلیل ترتب عقلی مثل بر قیمت حق زیان‌دیده است که منتظر تلف منافع و دریافت اجرت‌المثل نمانده و بدل حیلوله تقاضا کند. حال با فرض جواز مطالبه آیا در خصوص بدل حیلوله نیز تصور معاوضه قهری ممکن است؟ توضیح آنکه برای اثبات معاوضه قهری در مورد بدل حیلوله دشواری بیشتری پیش روی محقق است زیرا در سایر موارد جبران خسارت در اینکه بدل ملک زیان‌دیده می‌گردد شکی نیست و برای تصور معاوضه قهری فقط باید مالکیت ضامن نسبت به عین تلف‌شده را توجیه کرد اما در خصوص بدل حیلوله هم در مورد مالکیت زیان‌دیده بر بدل حیلوله و هم در خصوص مالکیت غاصب بر عین مغصوبه اختلاف نظر وجود دارد.

اختلاف مربوط به مالکیت یا عدم مالکیت زیان‌دیده بر بدل حیلوله، همان مبحث مشهور به ماهیت حقوقی بدل حیلوله است (کوه‌کمری، ۲۱۴). برخی از فقها به اباحه انتفاع زیان‌دیده بدون ایجاد مالکیت گرایش دارند. یکی از ایشان در خصوص رابطه زیان‌دیده با بدل حیلوله بدون پذیرش معاوضه قهری دو احتمال را مطرح می‌کنند: ۱- عدم پذیرش معاوضه قهری اما پذیرش مالکیت بدل حیلوله برای مالک مال اصلی خواه موقتی یا دائمی. در واقع مطابق این نظر بدون آنکه غاصب، مالک مالِ اصلی باشد، مالک مالِ اصلی، مالک بدل حیلوله نیز می‌گردد. ایراد این نظر آن است که هیچ اقتضائی برای ملکیت نه از جانب مالک و نه از جانب شارع وجود ندارد زیرا مفروض عدم انشاء ضامن و مالک بر تملیک و تملک بدل است و از ناحیه شارع نیز چیزی که دلالت بر تحقق ملکیت قهری کند وجود ندارد و منافاتی بین قول به اباحه و اجازه جمیع تصرفات حتی تصرفات متوقف بر ملکیت نخواهد بود زیرا می‌توان همانند باب معاطات به ملکیت یک لحظه قبل از تصرف ملتزم گردید (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۳۷۷). ۲- عدم پذیرش معاوضه قهری و پذیرش اباحه تصرف و مالکیت آنهٔ ما مثل معاطات. مطابق این نظر مالک مالِ اصلی، مالک بدل نمی‌گردد و صرفهٔ تصرف برای او مباح است. نهایت آنکه چنانچه قصد تصرف ناقل ملک را نمود

یک لحظه قبل از تصرف، مالک بدل می‌شود (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۳۷۶). ولی بجنوردی بین دو نظر مالکیت بدل حیلوله و اباحه جمیع تصرفات بدون حصول ملکیت، اولی را قبول می‌کند و بیان می‌دارد که بدل حیلوله به صورت موقت به ملکیت زیان‌دیده وارد می‌شود. سپس با توجه به اینکه ایشان عین مغصوبه را نیز در ملکیت زیان‌دیده می‌دانند ایراد می‌کنند که با این تعبیر عوض و معوض در ملکیت زیان‌دیده جمع می‌شود و پاسخ می‌دهند که دادن بدل حیلوله از باب غرامت و جبران خسارت است نه معاوضه. در نتیجه ایراد مذکور وارد نیست. همان‌گونه که مبرهن است ایشان برای رد این ایراد از معاوضه قهری دست می‌شویند (بجنوردی، ۴/ ۸۷). در حالی که به نظر می‌رسد حتی اگر به معاوضه نیز قائل شویم ایراد جمع عوض و معوض وارد نخواهد بود زیرا همان‌گونه که با معاوضه، بدل به ملکیت زیان‌دیده وارد می‌شود مبدل یعنی عین مغصوبه نیز به دارایی غاصب می‌پیوندد و این دو در یک دارایی جمع نخواهند شد. ایراد اصلی پذیرش معاوضه بین اعیان در خصوص بدل حیلوله همان عدم وجود اقتضاء برای این امر است که نائینی اشاره کرد.

در خصوص اختلاف مربوط به مالکیت یا عدم مالکیت غاصب نسبت به عین مغصوبه نیز برخی از فقها اشاره کرده‌اند؛ از آنجا که در این مورد معاوضه‌ای (اعم از مالکی یا قهری) رخ نداده است در نتیجه مالک، همچنان مالک عین مغصوبه باقی می‌ماند چرا که معاوضه مالکی احتیاج به قصد مالک و غاصب دارد که در این مورد اشخاص چنین اراده‌ای ندارند و معاوضه قهری هم نیاز به دلیل دارد که چنین دلیلی نیز وجود ندارد (بجنوردی، ۴/ ۸۹). امام خمینی نیز از جمله فقهای مخالف معاوضه قهری هستند که معتقدند ضمانات نه در عرف و نه در شرع از باب معاوضه نیستند بلکه از باب غرامت و جبران خسارت‌اند (۲/ ۴۸۳ - ۴۸۴). لکن برخی از فقها اشاره کرده‌اند که سیره عرف بر آن است که عین مغصوبه ملک غاصب شود و با وجود عدم ردع شارع این سیره دلیل خواهد بود[۱۰] (کوه‌کمری، ۲۱۶). برخی نیز مالکیت ضامن نسبت به عین مغصوبه را مقتضای ادله ضمانات می‌دانند[۱۱] (حائری یزدی، ۳/ ۳۳۳). با این حال به نظر می‌رسد الزامی به تصور معاوضه قهری بین بدل حیلوله و مال مغصوبه نیست زیرا با توجه به عدم تلف عین نیازی به جبران در این خصوص وجود ندارد. مضافاً آنکه معاوضه اعیان نظر درستی نیست چرا که فقها معتقدند پس از تمکن نسبت به مال اصلی غاصب باید آن را به صاحبش برگرداند بدون آنکه نیاز به ایجاد

---

۱۰. «لکنّ المعهود من العرف صیرورة العین المتعذرة ملکا للغاصب برد بدله الی المالک، نظیر بقایا العین التالفة کقطعات الزجاجة المنکسرة، فإنّها تصیر ملکا للغاصب بعد ردّ بدلها الی مالک العین التالفة فلو أمکن تلقیه سیرة مستمرة إلی زمن النبی صلّی اللّه علیه و آله تکون ذلک مع عدم ردع ثابت منه حجة متبعة.»

۱۱. «أنّ مقتضی أدلّة الضمانات: حصول المعاوضة العرفیة أو الشرعیة بین المالک و الضامن بصِرف الحکم بلزوم أداء البدل سواء أدّاه إلی المالک أو لا»

سببی برای تملیک باشد و این بدان علت است که مال مغصوبه هنوز در ملکیت مالک اصلی است[۱۲] (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۳۸۶).

با این حال به نظر می‌رسد تصور معاوضه قهری در این مورد نیز امکان‌پذیر است. البته معاوضه بین منافع بدل حیلوله و مال مغصوبه خواهد بود نه اعیان آن‌ها. اینکه در خصوص بدل حیلوله اقتضائی برای ملکیت اعیان نیست سخن حقی است ولی اینکه با این دلیل معاوضه قهری را به کلی منتفی بدانیم و به اباحه انتفاع حکم کنیم نادرست است. زیرا با ایجاد صرفاً اباحه تصرف در قالب دادن بدل حیلوله، جبران کاملی برای مالک مال اصلی رقم نخواهد خورد زیرا اباحه تصرف النهایه به خود او امکان انتفاع می‌دهد در حالی که باید فرصتی را فراهم نمود که به موجب آن، مالک بتواند بدل حیلوله را اجاره دهد و این ممکن نیست مگر با جعل مالکیت منافع برای وی. در نتیجه به نظر می‌رسد پذیرش معاوضه قهری در خصوص منافع بدل و مبدل و مالکیت آنها ما عین، تحلیل صائب‌تری در خصوص ماهیت بدل حیلوله خواهد بود.

نتیجه‌گیری

در میان فقها در خصوص تحلیل ماهیت ضمان قهری دو دیدگاه وجود دارد: برخی ماهیت ضمان را نوعی معاوضه و گروه دیگر غرامت می‌دانند. باورمندان به دیدگاه نخست معتقدند که حکم شارع به ضمان به معنای معاوضه‌ای قهری است که بر عامل تلف تحمیل می‌گردد و به موجب آن مال تلف شده از دارائی مالک خارج و به ملکیت متلف در می‌آید. در مقابل، بدل اعم از مثل یا قیمت به دارائی زیان‌دیده داخل می‌شود. البته برخی از فقها زمان تحقق این معاوضه را زمان وقوع سبب ضمان و برخی دیگر پس از پرداخت خسارت به زیان‌دیده می‌دانند اما در هر حال تحلیل ضمان بر این اساس دارای آثار عملی و حائز اهمیتی است. از جمله آنکه به واسطه این معاوضه در موارد تلف حقیقی اموال، ارزش هرچند ناچیز مال تلف شده یا معیوب از آنِ عامل زیان می‌شود و یا اینکه چنانچه به مال تألف حقی همچون حق رجوع به سایر مسئولین تعلق داشته باشد این حق به عاملان زیان اختصاص می‌یابد. دیگر اثر پذیرش معاوضه قهری در تلف حکمی نمودار می‌گردد. جایی که مال عرفاً به گونه‌ای از دسترس خارج است که در حکم تلف محسوب می‌شود با پذیرش معاوضه، این مالِ دور از دسترس جزء اموال عامل زیان محسوب می‌شود. همچنین چنانچه انتزاع مال مغصوب از مال دیگر منجر به نقص یا عدم مالیت مال مغصوب شود همچون نخ‌هایی که در دوخت لباس استفاده شده‌اند، با استناد به معاوضه قهری، زیاندیده حق مطالبه مال را

۱۲. «إذا تمکن الغاصب من العین بسبب زوال العذر، فهل یجب علیه الرد الی المالک أو انه خرج عن عهدهٔ ضمانه بواسطهٔ أداء بدله فلا شیء علیه بعد التمکن (وجهان) أقواهما الأول، و ذلک لأن العین کانت للمالک»

نخواهد داشت و فقط می‌تواند بدل آن را مطالبه کند. در تلف حکمی شرعی نیز با توجه به وجود نص و روایت بدون هیچ اختلاف نظری مالی که به حکم شرع در حکم تألف است، از آن فاعل زیان است. اثر دیگر پذیرش معاوضه قهری در بدل حیلوله، ارائه نظریه جدیدی در خصوص ماهیت حقوقی آن است. با پذیرش معاوضه قهری در ضمان و از آنجا که قول به معاوضه بین اعیان صحیح نخواهد بود نظر دیگری تحت عنوان معاوضه بین منافع بدل و مبدل و مالکیت یک لحظه قبل از تصرف در عین طرح می‌شود که از ایرادات سایر نظریات مبراست.

منابع

اصفهانی، محمد حسین، ***حاشیة کتاب المکاسب***، قم، أنوار الهدی، چاپ اول، ۱٤۱۸ ق.

امامی، حسن، **حقوق مدنی**، تهران، اسلامیة، چاپ بیست و ششم ۱۳۸۵.

انصاری، مرتضی بن محمدامین، ***کتاب المکاسب* (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)**، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

بجنوردی، حسن، ***القواعد الفقهیة***، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱٤۱۹ ق.

بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی، ***بلغة الفقیه***، تهران، منشورات مکتبة الصادق، چاپ چهارم، ۱٤۰۳ ق.

حائری یزدی، مرتضی بن عبد الکریم، ***شرح العروة الوثقی* (للحائری)**، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۶ ق.

حکیم، محسن، ***مستمسک عروه الوثقی***، قم، مؤسسة دار التفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.

خمینی، امام روح الله، ***کتاب البیع***، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، بی‌تا.

خویی، ابو القاسم، ***مصباح الفقاهة* (المکاسب)**، چاپ سنگی، بی‌تا.

__________، ***موسوعة الامام الخویی***، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی، چاپ اول، ۱٤۱۸ ق.

رشتی، حبیب الله، ***کتاب الغصب***، چاپ سنگی، بی‌تا.

سبزواری، عبد الأعلی، ***مهذب الأحکام***، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ۱٤۱۳ ق.

الشریف، محمد مهدی، ***منطق حقوق***، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۹۲.

الشریف، محمد مهدی، و سمیه سعیدی، «مکان ارزیابی میزان خسارت در دعوای مسئولیت مدنی از منظر فقه امامیه و حقوق ایران»، ***پژوهش‌های فقهی***، دوره دهم، ۱۹۶-۱۶۷، (۱۳۹۳).

شهید اول، محمد بن مکی، ***القواعد و الفوائد***، قم، کتابفروشی مفید، چاپ اول، بی‌تا.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، ***مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام***، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه. چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام***، لبنان، دار الاحیاء التراث العربی،

چاپ هفتم، بی‌تا.

طباطبایی بروجردی، حسین، ***تقریرات ثلاث*** **(للبروجردی)**، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱٤۱۳ ق.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، ***حاشية المكاسب*** **(لليزدی)**، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، ***أنوار الفقاهة - كتاب الغصب***، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول، ۱٤۲۲ ق.

کوه‌کمری، محمد بن علی حجت، ***كتاب البيع*** (للكوه‌كمری)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.

مجلسی، محمد تقی‌بن مقصودعلی، ***یک دوره فقه کامل فارسی***، تهران، مؤسسه و انتشارات فراهانی، چاپ اول، ۱٤۰۰ ق.

نائینی، محمد حسین، ***الرسائل الفقهیه***، قم، انتشارات مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام، چاپ اول، ۱٤۲۱ ق.

ـــــــــــــ، ***المكاسب و البيع***، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱٤۱۳ ق.

نائینی، محمد حسین، و آقا ضیاء عراقی، ***الرسائل الفقهية*** (تقریرات، للنجم‌آبادی)، قم، انتشارات مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.

هاشمی شاهرودی، محمود، ***مجلة فقه أهل البيت عليهم السلام*** **(بالعربية)**، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام. چاپ اول، بی‌تا.

همدانی، آقا رضا بن محمد هادی، ***حاشية كتاب المكاسب***، قم، مؤلف، چاپ اول، ۱٤۲۰ ق.